



LEITARTIKEL: Mobilfunkanlagen

Handlungs- und Entscheidungsspielraum im Baubewilligungsverfahren

von MLaw Arianna Lanfranchi und MLaw Corina Caluori

Regelungsspielraum der Gemeinden

Der Ausbau des Mobilfunknetzes mit der 5. Generation (5G) ist derzeit im vollen Gang. In diesem Zusammenhang wird in vielen Gemeinden über die rechtlichen Möglichkeiten zur Beschränkung oder zumindest Lenkung von Neu- und Ausbauprojekten debattiert. Die kommunalen Behörden befinden sich dabei im Spannungsfeld zwischen umwelt- und planungsrechtlichen Vorschriften, den Vorgaben des Fernmeldegesetzes des Bundes zur Versorgungssicherheit, den Interessen des Ortsbild- und Landschaftschutzes, dem Anliegen an einer technisch einwandfrei funktionierenden Infrastruktur und den Befürchtungen in gewissen Teilen der Bevölkerung bezüglich der Auswirkungen von nichtionisierenden Strahlungen.

Der Widerstand gegen den Neu- und Ausbau von Mobilfunkanlagen ist regelmässig gross. In verschiedenen Gemeinden wurde in den letzten Jahren deshalb darüber diskutiert, ob der Ausbau des Mobilfunknetzes oder die Errichtung neuer Mobilfunkanlagen - etwa mittels Moratorien - verhindert werden können. Der rechtliche Handlungsspielraum der Gemeinden ist indes klein.

Das Bundesgericht hat sich in den letzten Jahren verschiedentlich zur Rechtmässigkeit von einschränkenden Regelungen für den Bau von Mobilfunkanlagen geäussert. Dabei hat das Gericht wiederholt festgestellt, dass kommunale oder kantonale Regelungen, die ein **weitgehendes Verbot** von Mobilfunkanlagen vorsehen, **bundesrechtswidrig** sind. Solche Regelungen verletzen die Fernmeldegesetzgebung

NEWSLETTER 3/2021

LEITARTIKEL

Mobilfunkanlagen:
Handlungs- und Entscheidungsspielraum
im Baubewilligungsverfahren

1-2

WEITERE THEMEN

Lärmemissionen von
Wärmepumpen

3

NEUES AUS DER RECHTSPRECHUNG

4-6

KANZLEI NEWS

6

des Bundes (BGE 133 II 353; BGer 1C_472/2009, 1C_486/2009).

Das Bundesgericht hat in seiner bisherigen Rechtsprechung aber auch betont, dass die Gemeinden im Rahmen ihrer bau- und planungsrechtlichen Zuständigkeiten grundsätzlich befugt sind, Bau- und Zonenvorschriften in Bezug auf Mobilfunkanlagen zu erlassen, soweit sie die bundesrechtlichen Schranken, die sich insbesondere aus dem Bundesumwelt- und -fernmelderecht ergeben, beachten. Werden die bundesrechtlichen Vorschriften nicht tangiert, so sind namentlich ortsplannerische Bestimmungen wie beispielsweise Regelungen zur Wahrung des Charakters oder der Wohnqualität eines Quartiers grundsätzlich möglich. Im Fokus stehen dabei insbesondere sogenannte Kaskaden- und Dialogmodelle. Denkbar sind auch Anordnungen zum Schutz des Ortsbildes, indem der Bau von Mobilfunkanlagen in bestimmten schutzwürdigen Gebieten oder auf Schutzobjekten verboten wird (sog. Negativplanung). Auch die Anwendbarkeit der allgemeinen Ästhetikklausel bleibt im Einzelfall vorbehalten. Gänzlich ausgeschlossen sind aber kantonale oder kommunale Vorschriften zum Schutz der Bevölkerung vor nichtionisierender Strahlung. Der Immissions-

schutz ist durch das Bundesumweltschutzgesetz und die Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV) vom Bund abschliessend geregelt.

Hält ein Neu- oder Ausbauvorhaben die geltenden bau- und umweltschutzrechtlichen Anforderungen ein, so hat der Baugesuchsteller einen Anspruch auf Erteilung der ersuchten Baubewilligung. Will die Gemeinde den Ausbau des Mobilfunknetzes auf ihrem Gemeindegebiet lenken, ist sie gehalten, entsprechende bau- und planungsrechtliche Vorschriften zu prüfen (siehe zum rechtlichen Handlungs- und Beurteilungsspielraum der Gemeinden im Zusammenhang mit Mobilfunkantennenanlagen auch: Newsletter 2/2019, S. 5–9).

Anforderungen an das Baubewilligungsverfahren

Vorhaben für den Neu- und Ausbau von Mobilfunkanlagen müssen im ordentlichen Baubewilligungsverfahren geprüft werden. Das bedeutet, entsprechende Vorhaben müssen im amtlichen Publikationsorgan publiziert werden.

Ausgehend von der Tatsache, dass gegen die Erteilung von Baubewilligungen für Mobilfunkanlagen (als Verfügungen in Erfüllung einer Bundesaufgabe) das Verbandsbeschwerderecht nach Art. 12 ff. NHG offensteht, hat die Bau-

und Verkehrsdirektion des Kantons Bern kürzlich entschieden, dass das Baugesuch über den Umbau einer Mobilfunkanlage auch im kantonalen Amtsblatt zu publizieren ist (Entscheid BVD 110/2020 vom 30.11.2020).

Die Begründung des Entscheids ist nachvollziehbar: Gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. b NHG ist auch die Erteilung von Konzessionen und Bewilligungen eine Bundesaufgabe im Sinne des NHG. Mit der Errichtung von Mobilfunkanlagen wird eine vom Bund konzessionierte Dienstleistung umgesetzt. Die Erteilung der Baubewilligung für Mobilfunkanlagen stellt deshalb eine Bundesaufgabe dar, und zwar unabhängig davon, ob sich die Mobilfunkanlage innerhalb oder ausserhalb der Bauzone befindet (vgl. auch BGE 131 II 545 E. 2.2).

Gegen Verfügungen, die in Erfüllung einer Bundesaufgabe ergehen, steht das Verbandsbeschwerderecht nach Art. 12 ff. NHG offen. Da Verfügungen und Gesuche, gegen die das Verbandsbeschwerderecht offensteht gemäss Art. 12b Abs. 1 NHG im kantonalen Publikationsorgan zu veröffentlichen sind, wird den Gemeinden – in Übereinstimmung mit der neuen Rechtspraxis – empfohlen, Baugesuche für den Neu- oder Ausbau von Mobilfunkanlagen zusätzlich auch im **kantonalen Amtsblatt** zu publizieren.

LÄRMEMISSIONEN VON WÄRMEPUMPEN

von MLaw Gian Luca Peng

Der Schutz vor Lärmemissionen, welcher durch neue Bauten oder Anlagen, namentlich auch durch Wärmepumpen entsteht, wird zunächst durch die Anwendung der Planungswerte gewährleistet (Art. 7 Abs. 1 lit. b LSV). Die massgebenden Planungswerte ergeben sich anhand der geltenden Empfindlichkeitsstufen in den betroffenen Nutzungszonen. Neue Wärmepumpen müssen diese massgebenden Planungswerte einhalten. Im Baubewilligungsverfahren ist vom Bauherrn deshalb der Nachweis zu verlangen, dass die Planungsgrenzwerte eingehalten werden.

Ob die Planungswerte eingehalten sind, ist in der Regel klar und führt in der Rechtspraxis kaum zu Streitigkeiten; hängt doch die Berechnung von objektiven bzw. zumindest objektivierbaren Kriterien ab (spezifisches Modell, Heizleistung, Schalleistungspegel, Distanz zum Empfangsort nach Art. 39 LSV, massgebender Planungswert am Empfangsort etc.).

Selbst wenn die massgebenden Planungswerte deutlich eingehalten werden, wird den lärmschutzrechtlichen Anforderungen noch nicht zwingend ausreichend Rechnung getragen: kumulativ müssen gemäss dem Vorsorgeprinzip Massnahmen zur vorsorglichen Emissionsbegrenzung geprüft werden (Art. 11 Abs. 2 USG und Art. 7 Abs. 1 lit. a LSV). Das Vorsorgeprinzip verlangt eine Begrenzung der Lärmemissionen soweit, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist.

Die Anwendung des Vorsorgeprinzips führt in der Rechtspraxis weitaus häufiger zu Streitigkeiten, da sie eine stark einzelfallabhängige Interessenabwägung der Bewilligungsbehörde voraussetzt (insb. mögliche Reduktion der Lärmemissionen im Verhältnis zum Aufwand) und zuungunsten des lärmgeplagten Nachbarn oder des planenden Bauherrn ausfallen kann.

Dem Vorsorgeprinzip wird in der bundesgerichtlichen

Rechtsprechung eine relativ grosse Bedeutung zugemessen. Bei der Umsetzung des Vorsorgeprinzips ist in erster Linie die Standortwahl zu berücksichtigen. Dazu gehört bei einer geplanten Aussenanlage die Prüfung von verschiedenen Aussenstandorten auf ihre Vor- und Nachteile (BGer 1C_82/2015 vom 18. November 2015) und nach einem jüngsten Entscheid auch eine Prüfung eines Innenstandorts (BGer 1C_389/2019 vom 27. Januar 2021). Darüber hinaus können bei der Anwendung des Vorsorgeprinzips beispielsweise die Wahl des Modells, allfällige Lärmschutzmassnahmen (z.B. Schalldämmhau- ben) oder ein allgemeiner Vorsorgezuschlag eine Rolle spielen.

Die Behörde ist in jedem Fall verpflichtet, die lärmrechtlichen Auswirkungen einer Wärmepumpe im Baubewilligungsverfahren zu prüfen. Entsprechend hat die Bauherrschaft die für die Beurteilung erforderlichen Entscheidungsgrundlagen zwingend beizubringen.

NEUES AUS DER RECHTSPRECHUNG

Raumplanungsrecht: Festlegung des Gewässerraums in BLN-Gebieten

von MLaw Arianna Lanfranchi und Dr. iur Gieri Caviezel

Die Kantone sind gemäss Art. 36a des Gewässerschutzgesetzes (GSchG) verpflichtet, für die oberirdischen Gewässer einen Gewässerraum auszuscheiden. Der Gewässerraum soll die natürlichen Funktionen des Gewässers, den Hochwasserschutz und die Gewässernutzung gewährleisten. Innerhalb der Gewässerräume sind neue Bauten und Anlagen nur sehr eingeschränkt möglich und landwirtschaftliche Flächen können nur extensiv genutzt werden.

Hinsichtlich der Gewässerraumbreite unterscheidet Art. 41a der Gewässerschutzverordnung (GSchV) zwischen der Breite, die für den Hochwasserschutz nötig ist (Abs. 2) und der Breite, die für die Förderung der Biodiversität erforderlich ist (Abs. 1). Die Biodiversitätsbreite fällt grösser aus, da für die Förderung der natürlichen Vielfalt von Pflanzen und Tieren mehr Raum benötigt wird. Bei Gewässern in Biotopen, Moorlandschaften, Naturschutzgebieten und BLN-Gebieten mit gewässerbezogenen Schutzziele ist demnach ein breiterer Gewässerraum

(Biodiversitätskurve) als ausserhalb solcher Gebiete (Hochwasserschutzkurve) auszuscheiden. Die Breite des Gewässerraums muss wiederum erhöht werden, wenn dies zur Gewährleistung der Schutzziele der in Abs. 1 genannten Schutzgebiete erforderlich ist (Art. 41a Abs. 3 lit. c GSchV).

Das Bundesgericht äusserte sich in einem kürzlich ergangenen Entscheid zur Gewässerraumfestlegung am rechten Ufer der Muota in der Schwyzer Gemeinde Ingenbohl. Strittig war insbesondere, ob eine Ausscheidung des Gewässerraums nach Art. 41a Abs. 2 GSchV (Hochwasserschutzkurve) zulässig ist, oder ob gemäss Art. 41a Abs. 1 GSchV ein breiterer Gewässerraum (Biodiversitätskurve) festgelegt werden muss.

Die Gemeinde Ingenbohl hatte im Rahmen einer Nutzungsplanrevision den Gewässerraum im BLN-Teilgebiet Rigi, in der sich die Muota befindet, gemäss Art. 41a Abs. 2 GSchV (Hochwasserschutzkurve) ausgeschieden. Das Verwaltungsgericht hatte dieses Vorgehen geschützt, weil es davon ausging, dass für den Teilraum Rigi

im BLN-Objektblatt Nr. 1606 spezifische gewässerbezogene Schutzziele fehlten und den allgemeinen Schutzziele nur Leitliniencharakter zukommen könne. Eine undifferenzierte Gewässerraumausscheidung nach der Biodiversitätskurve (Art. 41a Abs. 1 GSchV) könne daher nicht dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung entsprechen.

Das Bundesgericht kommt demgegenüber zum Schluss, dass die allgemeinen Schutzziele des BLN-Objektblatts Nr. 1606 (betreffend Feuchtlebensräume und ökologische Vernetzung) auch auf Gewässer und deren Uferräume anwendbar sind, sodass diese auch für das Teilgebiet Rigi gelten. Dementsprechend war vorliegend Art. 41a Abs. 1 GSchV (Biodiversitätskurve) anwendbar. Für die Revitalisierung des Mündungsbereichs der Muota ordnete das Bundesgericht zusätzlich eine Erweiterung der Breite des Gewässerraums nach Art. 41a Abs. 3 lit. c GSchV an. Denn die Begradigung der Muota, die heute übergangslos und ohne Gewässeraufweitung in den Vierwaldstättersee fliesst, stelle

eine schwerwiegende Beeinträchtigung des BLN-Objekts dar, und zwar sowohl aus landschaftlicher als auch aus ökologischer Sicht. Diese Beeinträchtigung müsse daher durch die

Erhöhung der Breite des Gewässerraums rückgängig gemacht werden.

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut, hebt den Entscheid des Verwaltungsgerichts Schwyz auf und weist die Sache

zur neuen Festsetzung des Gewässerraums am rechten Ufer der Muota im Sinne der Erwägungen an den Gemeinderat Ingenbohl zurück.

Urteil des BGer vom 21. September 2021 (1C_693/2020)

Umweltrecht: Aufständigung der Solarpanels als Massnahme der Vorsorge im Sinne von Art. 11 Abs. 2 USG

von MLaw Arianna Lanfranchi

Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden äusserte sich in einem kürzlich ergangene Urteil zur Blendwirkung einer Solaranlage. Dabei hatte es insbesondere zu prüfen, ob die Aufständigung (Änderung der Neigung) der Solarpanels verlangt werden kann.

Die Gemeinde bewilligte am 21. Februar 2012 ein Gesuch für die Errichtung einer Photovoltaikanlage auf dem Dach einer Liegenschaft. Daraufhin wurde die Anlage (18 Solarpanels mit einer Gesamtdachfläche von 35 m²) erstellt, wobei gegenüber den bewilligten Plänen eine Verschiebung von ca. 75 cm erfolgte.

In der Folge beschwerten sich die Nachbarn bei der Gemeinde über die blendenden

und erhellenden Lichtreflexionen, welche von der erwähnten Photovoltaikanlagen ausgingen.

Die Gemeinde beurteilte die durch die Photovoltaikanlage verursachten Sonnenlichtreflexionen auf dem Balkon des Nachbarn als störend und stellte mit Entscheid vom 20. Februar 2020 fest, dass die Photovoltaikanlage Art. 11 Abs. 2 USG verletzt. Gleichzeitig forderte sie die Eigentümer auf, diesen Zustand zu beheben und ein Baugesuch für die Aufständigung der Solarpanels einzureichen.

Auf Beschwerde hin befasste sich das Verwaltungsgericht mit dem vorliegenden Fall und führte diesbezüglich aus, dass die Vorinstanz ohne Rechtsverletzung davon aus-

gehen durfte, dass die streitigen Blendwirkungen keinen Bagatellfall darstellen. Zudem sei die Gemeinde zu Recht davon ausgegangen, dass die vorsorglichen Massnahmen von den Beschwerdeführern als Verursacher zu treffen sind und es nicht Sache der betroffenen Nachbarn ist, den Reflexionen auszuweichen. Da das Verwaltungsgericht die Aufständigung der Solarpanels im Übrigen als technisch und betrieblich möglich sowie verhältnismässig hielt, bestätigte es im Ergebnis den Entscheid der Gemeinde und wies die Beschwerde ab.

Urteil des VGer vom 13.10.2021 (R 2020 25)

Submissionsrecht: Berichtigung von offensichtlichen Rechenfehlern und Vollständigkeit des Angebots

von MLaw Arianna Lanfranchi

Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden hatte kürzlich zu beurteilen, ob die Gemeinde (als Vergabebehörde) berechtigt war, die falschen Angaben auf dem Rubrum des Angebots der Anbieterin 1 (Zuschlagsempfängerin) hinsichtlich Rabatt und Skonto zu berichtigen. Strittig war zudem die Vollständigkeit des Angebots der Zuschlagsempfängerin.

Da sich aus dem Devis zweifelsfrei ergab, dass die Zuschlagsempfängerin der Bauherrschaft auf der Angebotssumme einen Rabatt von 15%

sowie ein Skonto von 5% gewähren wollte, kam das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass die Gemeinde die Aufstellung der Anbieterin 1 als offensichtlichen Rechenfehler behandeln und dementsprechend korrigieren durfte. Da das von ihr unterbreitete Angebot zudem vollständig war, bestätigte das Verwaltungsgericht die Erteilung des Zuschlags an die Anbieterin 1 und wies die Beschwerde ab.

Urteil des VGer vom 26.10.2021 (U 2021 53)

KANZLEINEWS

Lic. iur. Conradin Luzi



Seit November 2021 ist Conradin Luzi als Rechtsanwalt in unserer Kanzlei tätig. Zu seinen bevorzugten Tätigkeitsgebieten gehören das Wasser- und Energierecht sowie die Beratung in mehrstufigen, koordinierten Planungs- und Bewilligungsverfahren für Infrastrukturanlagen. Er berät und vertritt Gemeinden und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften in verwaltungs- und staatsrechtlichen Belangen, einschliesslich Gesetzgebung und organisationsrechtlichen Fragen.

Conradin Luzi erwarb sich fundierte Kenntnisse in verschiedenen Bereichen des öffentlichen Rechts in seiner langjährigen Tätigkeit im Departement für Infrastruktur, Energie und Mobilität Graubünden, zuletzt in der Funktion als Departementssekretär.

Caviezel Partner
Rechtsanwälte und Notare
Masanserstrasse 136
CH-7000 Chur
T. +41 81 258 55 58

www.caviezelpartner.ch